ADMINISTRACION DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1, PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00107/2022

Modelo: N10250
C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

Teléfono: 986805108 **Fax:** 986803962
Correo electrónico: seccion1.ap.pontevedra@xustiza.gal

Equipo/usuario: CA

N.I.G. 36060 41 1 2020 0000787
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0001051 /2021
Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.1 de VILAGARCIA DE AROUSA
Procedimiento de origen: OR1 ORDINARIO DERECHO AL HONOR-249.1.1 0000235 /2020

Recurrente: [redacted]
Procurador: [redacted]
Abogado: [redacted]
Recurrido: MINISTERIO FISCAL, ORANGE ESPAGNE SAU
Procurador: , [redacted]
Abogado: , [redacted]

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS

[redacted]

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM. 107/22

En PONTEVEDRA, a siete de febrero de dos mil veintidós.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de ORDINARIO DERECHO AL HONOR-249.1.1 0000235 /2020, procedentes del XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.1 de

[redacted]

VILAGARCIA DE AROUSA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0001051 /2021, en los que aparece como parte apelante [redacted], representada por el Procurador de los tribunales, [redacted], asistida por el Abogado [redacted], y como parte apelada **ORANGE ESPAGNE SAU**, representado por el Procurador de los tribunales, [redacted], asistido por el Abogado [redacted], y el **MINISTERIO FISCAL** y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. [redacted], quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Vilagarcía de Arousa con fecha 21 de julio de 2021, se dictó sentencia con el siguiente fallo:

"QUE DESESTIMANDO la demanda formulada por la procuradora [redacted], en nombre y representación de [redacted], contra Orange Espagne S.A.U., DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la entidad demandada de las pretensiones de la demanda.

Se imponen las costas a la parte demandante".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la Procuradora doña [redacted], en nombre y representación de doña [redacted], se interpuso recurso de apelación que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Cumplimentados los trámites legales y elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución el recurso de apelación interpuesto, se

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

formó el correspondiente Rollo de Sala. Se señaló el día 3 de febrero de 2021 para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del debate.

En la demanda que ha dado origen al presente proceso por doña [redacted] se ejercita acción por vulneración del derecho al honor contra la entidad ORANGE ESPAGNE S.A.U. al haber sido incluidos sus datos en ficheros de solvencia patrimonial. Solicita el pago de una indemnización de 12.000 euros por daños morales.

En la sentencia de instancia se desestimó la demanda al considerar que no se ha producido una vulneración del derecho al honor porque la inscripción en el registro de morosos se produjo al cumplirse los requisitos legalmente exigibles.

La parte demandante recurre la sentencia invocando error en la valoración de la prueba en relación con la infracción de la Ley Orgánica 1/82 y de la normativa de protección de datos.

Como cuestión preliminar, en relación con las alegaciones efectuadas por la parte demandada en su escrito de oposición al recurso de apelación acerca de los límites a un nuevo examen de la prueba en segunda instancia, debemos recordar, como se afirma en la STS de 31 de diciembre de 2010, que "El recurso de apelación que abre la segunda instancia permite un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa (SSTS de 5 de mayo de 1997, RC n.º 1294/1993, 31 de marzo de 1998, RC n.º 141/1994, STC 3/1996, de 15 de enero), lo que faculta al Tribunal para valorar los elementos fácticos y apreciar las cuestiones jurídicas según su propio criterio, aunque con los límites que impone la prohibición de la reforma peyorativa, esto es la modificación de la sentencia apelada en perjuicio del apelante, salvo que provenga de la estimación de la impugnación del inicialmente apelado, y el principio tantum

devolutum quantum apellatum, conforme al cual el tribunal de apelación sólo debe conocer de aquellas cuestiones que le han sido planteadas en el recurso, como se regula en el artículo 465.4 LEC".

SEGUNDO.- El derecho al honor y la inscripción en el registro de morosos.

En el presente supuesto nos encontramos ante el hecho de que los datos de doña [redacted] fueron incluidos, a instancia de la entidad ORANGE ESPAGNE S.A.U., en el fichero ASNEF-EQUIFAX con base en una reclamación de 127,99 euros. La inscripción se mantuvo desde el 10 de junio de 2016 hasta el 6 de enero de 2018.

La parte apelante alega la existencia de discrepancia sobre la deuda, que la misma no cumple con los requisitos de ser cierta, vencida, líquida y exigible y que no se cumplió con el requisito de información y requerimiento previo.

La parte actora alega que la demandada no ha explicado el origen de la deuda que sirvió de base a la inscripción en el fichero de morosos. Se niega por la parte demandada que este sea un hecho controvertido pues no fue objeto de debate, sin embargo en el hecho cuarto de la demanda ya se afirmaba que la indicada deuda no es cierta ni líquida.

Los artículos 38 y 39 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, exigen como requisitos para la inclusión en los ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado: la existencia previa de una deuda cierta, vencida y exigible, que haya resultado impagada y que se haya requerido de pago al deudor informándole que en caso de no producirse el pago en el término previsto para ello y cumplirse los demás requisitos, los datos correspondientes al impago podrán ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias.

En el presente caso nos encontramos ante una deuda por importe de 127,99 euros, cuya cuantía no se corresponde con el importe reflejado en alguna de las facturas aportadas a las actuaciones o sea resultado de la suma de varias de ellas. La entidad demandada en su escrito de 17 de mayo de 2021, en contestación al requerimiento de prueba de la parte actora, aporta comunicaciones entre la empresa y la clienta de las que resulta que el pago finalmente realizado por [redacted] por la indicada suma de 127,99 euros se aplicó a la factura de 8 de marzo de 2016 (que asciende a 149,14 euros).

La ahora apelante, tras tener conocimiento de que había sido incluido en el fichero de morosos, dirigió el 8 de mayo de 2017 una carta a la entidad ORANGE en la que relata los problemas y discrepancias con la compañía desde que firmó los contratos de telefonía. Concretamente en relación con la indicada factura de marzo de 2016 se opuso a la reclamación de la cantidad de 100 euros por el concepto de baja anticipada. Se trata por lo tanto de una cantidad controvertida, porque, como apunta la parte apelante, en el contrato suscrito con la empresa de telefonía nada se hizo constar en el apartado correspondiente a "compromiso de permanencia en Operador". No se ha dado explicación por la entidad demandada de cuáles son los concretos conceptos que dan lugar a la cuantía cuyo impago sirvió de base para la inscripción de los datos de la actora en el fichero de morosos, porque la cantidad que se dice adeudada es distinta de la que figura en la factura a cuyo pago se decidió imputar por la compañía.

La STS del 23 de marzo de 2018 dispone que "Esta sala ha establecido una jurisprudencia relativamente extensa sobre la vulneración del derecho al honor como consecuencia de la inclusión de los datos personales en un fichero de incumplimiento de obligaciones dinerarias sin respetar las exigencias derivadas de la normativa de protección de datos personales, en sentencias entre las que pueden citarse las 660/2004, de 5 de julio, 284/2009, de 24 de abril , 226/2012, de 9 de abril, 13/2013, de 29 de enero, 176/2013, de 6 de marzo, 12/2014, de 22 de enero, 28/2014, de 29 de enero, 267/2014, de 21 de mayo, 307/2014, de 4 de junio, 312/2014, de 5 de junio, 671/2014, de 19 de noviembre, 672/2014, de 19 de noviembre, 692/2014, de 3 de diciembre,

696/2014, de 4 de diciembre, 65/2015, de 12 de mayo, 81/2015, de 18 de febrero, 452/2015 y 453/2015, ambas de 16 de julio, 740/2015, de 22 de diciembre, 114/2016, de 1 de marzo, y 512/2017, de 21 de septiembre, entre otras.

En lo que aquí interesa, hemos declarado en estas sentencias que uno de los ejes fundamentales de la regulación del tratamiento automatizado de datos personales es el que ha venido en llamarse "principio de calidad de los datos". Los datos deber ser exactos, adecuados, pertinentes y proporcionados a los fines para los que han sido recogidos y tratados. El art. 4 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo, LOPD), al desarrollar tanto el art. 18.4 de la Constitución como las normas del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa y la Directiva 1995/46/CE, de 24 octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, exige que los datos personales recogidos para su tratamiento sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido, exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado, y prohíbe que sean usados para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos".

Se precisa en la sentencia en relación con la calidad de los datos en los registros de morosos: "Este principio, y los derechos que de él se derivan para los afectados, son aplicables a todas las modalidades de tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Pero tienen una especial trascendencia cuando se trata de los llamados "registros de morosos", esto es, los ficheros de «datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés»".

Y se añade: "El principio de calidad de datos no se limita a exigir la veracidad de la deuda. Es precisa la pertinencia de los datos respecto de la finalidad del fichero.

Los datos que se incluyan en estos registros de morosos han de ser ciertos y exactos. Pero no basta con el cumplimiento de esos requisitos para satisfacer las exigencias del principio de calidad de los datos en este tipo de registros. Hay datos que pueden ser ciertos y exactos sin ser por ello pertinentes, pues no son determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados, entendida como imposibilidad o negativa infundada a pagar la deuda".

La citada STS del 23 de marzo de 2018 precisa, con cita de la STS de 6 de marzo de 2013, que "«La inclusión en los registros de morosos no puede ser utilizada por las grandes empresas para buscar obtener el cobro de las cantidades que estiman pertinentes, amparándose en el temor al descrédito personal y menoscabo de su prestigio profesional y a la denegación del acceso al sistema crediticio que supone aparecer en un fichero de morosos, evitando con tal práctica los gastos que conllevaría la iniciación del correspondiente procedimiento judicial, muchas veces superior al importe de las deudas que reclaman.

»Por tanto, esta Sala estima que acudir a este método de presión representa en el caso que nos ocupa una intromisión ilegítima en el derecho al honor [...]»".

Del análisis de la citada jurisprudencia se constata en el presente caso la existencia de una clara vulneración del derecho al honor de [redacted], como consecuencia de la inclusión de los datos personales de la misma en un fichero por un supuesto incumplimiento de obligaciones dinerarias sin respetar las exigencias recogidas en la normativa de protección de datos personales, ya que los datos incluidos tienen que ser exactos y adecuados, lo que exige la existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible, que haya resultado impagada y además que se haya requerido previamente de pago al deudor. Nos encontramos aquí ante una deuda con un importe dubitado o discutido, que según la jurisprudencia citada no permite su inclusión en el "fichero de morosos".

La demandante abonó las facturas que le fueron giradas por la demandada correspondiente a consumos y otros conceptos incluidos en los

contratos contratados; sin embargo no consta de forma fehaciente la contratación de permanencia que dé lugar a una penalización por baja anticipada, amén de las posibles causas que hayan llevado al cliente a la resolución del contrato, pues se alegan incumplimientos imputables a la compañía de telefonía. Al existir un impago puntual de parte de una factura por parte de la demandante, ya que con el cobro de 127,99 euros la empresa de telefonía consideró pagada la factura de 8 de marzo de 2016 que ascendía a 149,14 euros, debió la compañía de telefonía proceder a su reclamación judicial, no pudiendo acudir al método coactivo de la inclusión en el fichero de morosos como medio para obtener el cobro, lo que finalmente consiguió.

En este caso el impago no resultaba determinante para enjuiciar la solvencia económica de [redacted], ni se justificaba en una negativa infundada a pagar una deuda, sino que dada la escasa cuantía (127,99 euros) y tratarse de una única deuda la inscripción en el fichero parece obedecer a una medida de presión para obtener el pago de la misma, lo que se encuentra expresamente prohibido, ya que no es esa la finalidad de este tipo de ficheros.

Lo expresado nos lleva a estimar el recurso y declarar que la inclusión en el fichero ASNEF-EQUIFAX ha supuesto una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la demandante.

TERCERO.- Cuantía de la indemnización.

En el presente caso se solicita la suma de 12.000 euros como indemnización por los daños morales sufridos por la demandante.

Como se afirma en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, “la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima”.

Para valorar la indemnización hay que tomar en cuenta datos como el importe de la deuda, el perjuicio o menoscabo sufrido en la reputación

personal o profesional, el tiempo que permaneció la inscripción en el fichero, el número de consultas del mismo por parte de empresas y sociedades y cualquier otro quebranto (incluso de salud).

La STS 130/2020, de 27 de febrero, declara que la sentencia 261/2017, de 26 de abril, a la que remite la sentencia 604/2018, de 6 de noviembre, hace una síntesis de la doctrina relevante sobre la materia. En dicha sentencia se dispone: "El artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, que entró en vigor a partir del 23 de diciembre de 2010 y que es la aplicable dada la fecha de los hechos, dispone que "La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma". Esta sala ha declarado en STS de 5 de junio de 2014, rec. núm. 3303/2012, que dada la presunción iuris et de iure, esto es, no susceptible de prueba en contrario, de existencia de perjuicio indemnizable, el hecho de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para fijar su cuantificación, "a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso (sentencias de esta sala núm. 964/2000, de 19 de octubre, y núm. 12/2014, de 22 de enero)". Se trata, por tanto, "de una valoración estimativa, que en el caso de daños morales derivados de la vulneración de un derecho fundamental del art. 18.1 de la Constitución, ha de atender a los parámetros previstos en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de acuerdo con la incidencia que en cada caso tengan las circunstancias relevantes para la aplicación de tales parámetros, utilizando criterios de prudente arbitrio"".

Tal y como declara la STS de 21 de septiembre de 2017 la indemnización que debe otorgarse no puede revestir carácter simbólico, ya que tendría un efecto disuasorio inverso.. En este sentido la STS de 12 de diciembre de 2011 precisa que "según la jurisprudencia de esta sala (SSTS de 18 de noviembre de

2002 y 28 de abril de 2003) no es admisible que se fijen indemnizaciones de carácter simbólico, pues al tratarse de derechos protegidos por la CE como derechos reales y efectivos, con la indemnización solicitada se convierte la garantía jurisdiccional en un acto meramente ritual o simbólico incompatible con el contenido de los artículos 9.1, 1.1. y 53.2 CE y la correlativa exigencia de una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego (STC 186/2001, FJ 8)". Dicho razonamiento se reitera en la STS de 4 de diciembre 2014.

La citada STS 130/2020, de 27 de febrero señala también que "la inclusión de los datos de una persona en un registro de morosos sin cumplirse los requisitos establecidos por la LORD, sería indemnizable en primer lugar la afectación a la dignidad en su aspecto interno o subjetivo, y en el externo u objetivo relativo a la consideración de las demás personas". Para valorar este aspecto ha de tomarse en consideración la divulgación que ha tenido tal dato, tal y como apunta la STS 81/2015, de 18 de febrero.

Se añade en la sentencia que "También sería indemnizable el quebranto y la angustia producida por las gestiones más o menos complicadas que haya tenido que realizar el afectado para lograr la rectificación o cancelación de los datos incorrectamente tratados"; y asimismo que "la escasa cuantía de la deuda no disminuye la importancia del daño moral que le causó a la demandante la inclusión en los registros de morosos".

En este caso la inclusión en el fichero duró un año y medio y durante ese tiempo 7 compañías de distintos sectores consultaron el fichero. No consta que se hayan causado a la demandante perjuicios en su salud, ni imposibilidad o dificultad de acceder a créditos, préstamos o contratación con una nueva compañía telefónica. Sin embargo no existe duda de la existencia de quebrantos y molestias para la demandante, consistentes, además del lógico desasosiego, en la necesidad de tener que dirigir reclamaciones a la demandada y al responsable de los ficheros y llevar a cabo otras actuaciones para finalmente conseguir eliminar sus datos del fichero.

Lo expresado lleva a este tribunal a considerar adecuado en el presente supuesto fijar la indemnización en la cantidad de 4.000 euros.

En cuanto a intereses debe estarse a los legales desde la fecha de presentación de la demanda, con base en los artículos 1100 y 1108 CC, y los del artículo 576 LEC desde sentencia.

CUARTO.- Costas de instancia.

En materia de costas, en relación con las causadas en primera instancia al estimarse parcialmente la demanda cada parte abonará las costas causadas a su instancia siendo las comunes por mitad, de conformidad con lo establecido en el artículo 394.2 LEC.

QUINTO.- Costas de apelación.

En materia de costas causadas en esta alzada resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC, conforme al cual en caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora [redacted], en nombre y representación de doña [redacted] contra la sentencia de fecha 21 de julio de 2021 dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Vilagarcía de Arousa, revocamos la misma y estimamos parcialmente la demanda entablada por la Procuradora [redacted], en nombre y representación de doña [redacted], y declaramos que la entidad ORANGE ESPAGNE

S.A.U. ha cometido una intromisión ilegítima en el honor de la demandante, condenando a la demandada a indemnizar a la demandante en la cantidad de 4.000 euros, así como los intereses legales reseñados, sin que proceda hacer especial imposición de las costas procesales causadas en ambas instancias.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Procédase a la devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación para el caso de que se acredite interés casacional o, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, en base a lo establecido en el artículo 477 LEC, debiendo interponerse dentro de los veinte días siguientes a su notificación en la forma establecida en el artículo 479 LEC.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.